

## Een kwart eeuw

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14 Een kwart eeuw feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

### 14 Een kwart eeuw feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink<sup>1</sup>

#### 14.1 Inleiding

#### 14.2 Iets meer over feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid en het onderscheid daartussen

#### 14.3 'Notoire bekendheid' in de moderne wereld

#### 14.4 Enkele procesrechtelijke aspecten

#### 14.5 De Hoge Raad en feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

#### 14.6 Enige conclusies

#### Voetnoten

- <sup>1</sup> Mr. drs. E.M. Hoogervorst is Professional Support Lawyer bij Houthoff Buruma & mr. P. Memelink is Kennismanager en Hoofd Legal Support bij Houthoff Buruma.

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.1 Inleiding

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14.1
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

#### 14.1 Inleiding

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

Rechtsvinding, cassatietechniek en burgerlijk procesrecht mogen zich sinds lang verheugen in de warme belangstelling van Henk Snijders. Vandaar deze bijdrage over feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels, een onderwerp dat zich bevindt op het snijvlak van deze drie onderwerpen.

*'Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels behoeven niet bewezen te worden (art. 149 lid 2). De rechter mag deze ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Het betreft hier een uitzondering op het verbod van aanvullen van feitelijke gronden ex art. 24 en art. 149.<sup>1</sup>'*

Zo vat Henk Sniijders kernachtig samen hoe het zit. Hij plaatst de gehele problematiek in de sleutel van de stelplicht en bewijslast en dat is verhelderend. Over het onderwerp valt echter meer te zeggen, zeker in het moderne digitale tijdperk, dat eveneens sinds lang zijn belangstelling heeft.<sup>2</sup>

Twintig jaar geleden schreef Bloembergen 'Iets over ervaringsregels in cassatie'.<sup>3</sup> Dit – in de woorden van Bloembergen – 'mini-artikeltje' over zijn 'theoretje', wordt nog steeds geciteerd als het gaat om de toepassing van ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid in cassatie. Bloembergen behandelt daarin de vraag of in cassatie voor het eerst een beroep op een ervaringsregel kan worden gedaan. Hij beantwoordt deze vraag met een voorzichtig ja, welke opvatting inmiddels is bevestigd door de Hoge Raad.<sup>4</sup> Daarnaast werpt Bloembergen kort de vraag op hoe een beroep op een ervaringsregel in de cassatieklacht verpakt moet worden.

Is een motiveringsklacht hiertoe de aangewezen weg of kan een beroep op een ervaringsregel ook via een rechtsklacht aan de Hoge Raad worden voorgelegd? Het leek ons – als gewezen promovendi van Henk Sniijders – aardig om twintig jaar na dato eens nader op deze vragen van zijn promotor in te gaan. We pretenderen niet uitputtend te zijn, maar maken enige opmerkingen over feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels (2), notoire bekendheid in de moderne wereld (3), enkele procesrechtelijke aspecten (4), en de omgang van Hoge Raad en cassatiebalie met deze begrippen (5). We hebben daarbij met name jurisprudentie tot uitgangspunt genomen die de afgelopen 25 jaar in de *NJ* is verschenen.

## Voetnoten

- 1 H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventers: Kluwer 2011, nr. 206.
- 2 Zo herinneren wij ons artikelen van zijn hand als 'Het bereiken van een geadresseerde (per e-mail)', *WPNR* 2001/6444 en 6445 en 'Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen', *WPNR* 2010/6863 en 6864.
- 3 A.R. Bloembergen, 'Iets over ervaringsregels in cassatie', *TCR* 1996, p. 78 en 79.
- 4 HR 4 september 1998, ***NJ* 1998/828** (*Waarbroek/H.*), r.o. 3.6.

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Sniijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.2 Iets meer over feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid en het onderscheid daartussen

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14.2
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

## 14.2 Iets meer over feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid en het onderscheid daartussen

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

Feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid onderscheiden zich van 'gewone' feiten en omstandigheden doordat zij door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag kunnen worden gelegd zonder bewijs te behoeven. Door de wetgever worden algemeen bekende feiten omschreven als: 'notoire feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen'.<sup>1</sup> Henk Sniijders noemt in dit verband als voorbeeld het feit dat Nederland aan de Noordzee ligt.<sup>2</sup> Voorbeelden uit de rechtspraak zijn het algemeen bekende feit dat bij garages autosleutels uit de brievenbus gehengeld plegen te worden en de daarbij horende auto's worden gestolen<sup>3</sup> en dat een mes, geschikt om zachte puntbroodjes mee open te snijden, zo scherp kan zijn dat de gebruiker gevaar loopt zich daarmee te snijden.<sup>4</sup>

Bij ervaringsregels gaat het om regels die algemeen bekend zijn, maar zij vormen geen rechtsregels in de zin van **art. 79 RO**. Algemene ervaringsregels liggen op de grens van feit en recht. Zij worden wel omschreven als wetmatigheden op grond waarvan zich in het algemeen gesproken bepaalde feiten zullen voordoen.<sup>5</sup>

Voorbeelden uit de rechtspraak<sup>6</sup> van dergelijke ervaringsregels zijn de ervaringsregel dat de kans bestaat dat een per gewone post verzonden stuk te laat aankomt of wegraakt<sup>7</sup> en dat wanneer een bepaald gewicht door meerdere personen wordt getild, het van de omstandigheden afhangt welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.<sup>8</sup> Vaak ook is bij ervaringsregels sprake van een zekere 'causale samenhang'.<sup>9</sup> Zo is algemeen bekend dat overmatig alcoholgedrag kan leiden tot gevaarlijk bravouregedrag en overmoed in het verkeer<sup>10</sup> en wordt in onze jurisprudentie de ervaringsregel gehanteerd dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot verminderde voorzichtigheid ter voorkoming van ongelukken.<sup>11</sup>

De grens tussen feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels is vloeïend en beide begrippen worden wel door elkaar heen gebruikt.<sup>12</sup> Dit blijkt ook uit het gegeven dat ervaringsregels soms wel 'ervaringsfeiten' genoemd worden.<sup>13</sup> In het oorspronkelijke ontwerp van **art. 149 lid 2 Rv** stonden slechts feiten of omstandigheden van algemene bekendheid genoemd. Dat de rechter op algemene ervaringsregels een beroep zou kunnen doen, werd aanvankelijk als zo vanzelfsprekend aangenomen dat dit niet in een wetsbepaling zou behoeven te worden neergelegd.<sup>14</sup> Voor de toepassing van **art. 149 lid 2 Rv** heeft het onderscheid tussen de twee in ieder geval niet of nauwelijks praktisch belang. Voor beide geldt echter dat sprake moet zijn van 'notoire bekendheid'. Daarover valt het een en ander te zeggen.

## Voetnoten

- 1** *Parl. Gesch. NieuwBewijsrecht*, p. 77 (MvT-OS). Zie ook *Parl. Gesch. NieuwBewijsrecht*, p. 85 (MvA-EK), waarin een vergelijkbare omschrijving wordt gegeven.
- 2** H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 206.
- 3** HR 12 maart 2004, **NJ 2004/272** (*De Lage Landen/Kempenaar*).
- 4** HR 4 oktober 2002, **NJ 2004/175** (*Laudy/Fair Play Centers*).
- 5** E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 166. Conclusie A-G Asser sub 2.3 voor HR 30 juni 1989, **NJ 1989/805 (Knook/Melchers) en P**, Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden) 2009, Den Haag: BJu 2009, p. 188-189. In *Parl. Gesch. NieuwBewijsrecht*, p. 85 (MvA-EK) wordt gesproken van een 'algemeen weten'.
- 6** Zie voor meer voorbeelden de bronnen in Memelink 2009, p. 189. voetnoot 19.
- 7** HR 4 september 1998, **NJ 1998/828** (*Waarbroek/H.*).
- 8** HR 27 april 2007, **NJ 2008/462**, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder **NJ 2008/465** (*Kalai/Antoine Petit*).
- 9** W.H. van Boom, M.L. Tuil & I. van der Zalm, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?', **NTBR 2010/7**, spreken in dit verband van 'waarschijnlijkheden, kansen en risico's die als feit worden gezien' en over 'wetmatigheden'. Ze zijn kritisch over de vraag of alle in de jurisprudentie aangenomen feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels deze kwalificatie werkelijk verdienen.
- 10** Het voorbeeld, bekend uit HR 28 september 1990, **NJ 1992/619**, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Delta Lloyd*), wordt aangehaald in Snijders/Klaassen/Meijer 2011, nr. 206 en door Memelink 2009, p. 189.
- 11** HR 19 oktober 2001, **NJ 2001/663** (*PTT Post/Baas*). Deze ervaringsregel vormt uitgangspunt in vaste jurisprudentie, zie recentelijk bijv. HR 5 december 2014, **NJ 2015/182**, m.nt. T. Hartlief (*Pelowski/Vermooy en BTS*) en HR 7 december 2012, **NJ 2013/11** (*Giraldo/Daltra*) hoewel de Hoge Raad daarin niet met zo veel woorden spreekt van een (algemene) ervaringsregel, zoals Hartlief opmerkt in zijn noot sub 19 onder HR 5 december 2014, **NJ 2015/182**.
- 12** Terecht merken Van Boom, Tuil & Van der Zalm op dat het onderscheid in de praktijk niet van groot belang is, **NTBR 2010/7**, par. 2. Zie bijv. ook HR 10 september 2010, **NJ 2010/486** (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*) en HR 30 januari 2015, **NJ 2015/377**, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staatsloterij/Loterijverlies*): ervaringsregel en feit van algemene bekendheid worden in één adem genoemd. Vgl. ook HR 22 februari 2002, **NJ 2002/388** (*De Jong&Grauss/The West of England c.s.*), waarin het hof sub 13 hetzelfde gegeven zowel feit van algemene bekendheid als, een zin verder,

algemene ervaringsregel noemt.

**13** Zie Memelink 2009, p. 188 en de aldaar genoemde bronnen.

**14** *Parl. Gesch. NieuwBewijsrecht*, p. 77, 78 (MvT-OS).

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.3 'Notoire bekendheid' in de moderne wereld

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14.3
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

### 14.3 'Notoire bekendheid' in de moderne wereld

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

Van een 'notoir' feit is in elk geval geen sprake indien uitgebreid onderzoek moet worden gedaan naar de vraag of dit feit juist is.<sup>1</sup>

Uit de jurisprudentie blijkt dat de scheidslijn tussen 'gewone feiten' en feiten van algemene bekendheid niet altijd even scherp is. Zo is het oordeel dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een groter 'universum' dan het aantal verkochte loten, geen feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel, maar een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in die periode, aldus de Hoge Raad.<sup>2</sup> Het onderscheid lijkt ons te vinden in het feit dat het hof heeft vastgesteld dat de *verwachting* van de consument was dat de trekking uit de verkochte loten zou plaatsvinden, niet dat – in die tijd – een feit van algemene bekendheid was dat de trekking op die wijze plaatsvond. Dat kan ook geen feit van algemene bekendheid zijn, want het is niet juist. Een feit van algemene bekendheid gaat altijd op, aldus Henk Snijders, zonder dat nader onderzoek nodig is naar de vraag of het feit juist is.<sup>3</sup>

Wil **art. 149 lid 2 Rv** van toepassing zijn, dan is van belang dat de betreffende feiten of ervaringsregels in wijde kring bekend zijn. Eigen (specifieke) wetenschap van de rechter wil bijvoorbeeld niet zeggen dat sprake is van een feit van algemene bekendheid of een algemeen bekende ervaringsregel. De rechter zal moeten nagaan of de kennis wijdverbreid is. Wel kan de reikwijdte zijn beperkt tot een bepaalde periode<sup>4</sup> of een bepaalde regio. Zo is bij mensen die vertrouwd zijn met het klimaat in Aruba algemeen bekend dat na regenval rekening moet worden gehouden met het gevaar van gladheid.<sup>5</sup> Evenzo ontstond na het *Taxusstruik*-arrest discussie over de vraag of in ieder geval op het platteland de giftigheid van deze plant niet algemeen bekend moet worden verondersteld.<sup>6</sup>

Volgens de van oudsher gehanteerde omschrijving van feiten van algemene bekendheid gaat het daarbij niet alleen om feiten die eenieder geacht wordt te kennen, maar ook om feiten die *uit openbare bronnen* gekend kunnen worden.<sup>7</sup> Nu heeft zich op dat vlak in de laatste kwart eeuw een flinke revolutie voorgedaan. Ten opzichte van de informatie die publiekelijk beschikbaar was in 1969, het jaar waarin de omschrijving van het begrip 'feit van algemene bekendheid' werd gegeven, is de informatie die openbaar toegankelijk is enorm toegenomen. Via internet zijn vandaag de dag veel zaken kenbaar. Dat maakt deze 'kenbare feiten' echter nog niet per definitie tot feiten van algemene bekendheid. Een rechter die zelf via internet op zoek gaat naar informatie, stuit al snel op feiten die niet noodzakelijkerwijs in brede kring, of algemeen, bekend zijn. Zo ontdekte het Hof Amsterdam in een strafzaak<sup>8</sup> vrij eenvoudig dat *Aloë capensis* niet hetzelfde is als *Aloë vera* en baseerde zijn veroordeling onder andere op 'bronnen op internet die als algemeen bekend worden verondersteld'. De Hoge Raad casseert.<sup>9</sup> Dat een dergelijk feit op internet kan worden opgezocht, betekent nog niet dat het ook algemeen bekend is, aldus de Hoge Raad. Hij voegt daaraan toe: 'Bij dergelijke feiten of omstandigheden gaat het immers in de regel om gegevens die geen specialistische kennis veronderstellen en waarvan de juistheid redelijkerwijs niet voor betwisting vatbaar is.'

Legt de rechter van internet kenbare feiten ambtshalve op grond van art. 149 lid 2 Rv (of **art. 339 lid 2 Sv**) aan zijn

beslissing ten grondslag, dan zal dit in veel gevallen een verrassing voor partijen zijn. De Hoge Raad heeft dan ook beslist dat op internet gevonden informatie door de rechter eerst aan partijen moet worden voorgelegd. Doet hij dat niet, dan schendt de rechter het beginsel van hoor en wederhoor en is sprake van een verrassingsbeslissing.<sup>10</sup> Informatie op internet verschilt wat dat betreft niet van een krantenartikel, waarover de Hoge Raad hetzelfde oordeelde.<sup>11</sup>

Onzes inziens dient de verwijzing naar openbare bronnen, gelet op de ontwikkeling van het internet, inmiddels met de nodige nuances gehanteerd te worden.<sup>12</sup> Kenbaarheid uit een openbare bron als internet is geen voldoende voorwaarde voor kwalificatie als algemeen bekend. Het is evenmin een noodzakelijke voorwaarde. In 1993 reeds heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de stelling dat de rechter een feit van algemene bekendheid slechts dan aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen als dit duidelijk, ondubbelzinnig en in het oog springend kenbaar is uit een voor eenieder toegankelijke bron, in zijn algemeenheid te ver gaat.<sup>13</sup> In dit geval ging het om een feit (het voorkomen van exoneraties in stilzwijgend aanvaarde, maar niet gekende algemene voorwaarden) dat in het handelsverkeer algemeen bekend was.

## Voetnoten

- 1** H.J. Sniijders hierover in noot sub 4 onder HR 24 november 2006, **NJ 2007/539** (*MSM/Kostelijk*): '(...) wil iets aangeduid worden als een feit van algemene bekendheid dan moet het altijd opgaan (...)' Zie ook HR 10 september 2010, **NJ 2010/486** (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*) waarin de Hoge Raad oordeelt dat i.c. niet kan worden gesproken van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, omdat tal van factoren een rol spelen bij het antwoord op de vraag of het geponeerde feit juist is. Dit vergt een beoordeling van feitelijke aard waarvoor in cassatie geen plaats is.
- 2** HR 30 januari 2015, **NJ 2015/377**, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staatsloterij/Loterijverlies*), r.o. 4.1.
- 3** Wij verwijzen opnieuw naar H.J. Sniijders in noot sub 4 onder HR 24 november 2006, **NJ 2007/539** (*MSM/Kostelijk*).
- 4** Zie bijv. HR 28 november 1997, **NJ 1998/658** (*Durlinger c.s./Bakens*) waarin het ging om de vraag of het hof algemene bekendheid ten aanzien van corrosie van ondergrondse olietanks in de periode voor 29 november 1989 op het oog heeft gehad.
- 5** HR 2 maart 2007, **NJ 2007/143** (*Perez/Casa grande c.s.*). Een ander feit van algemene regionale bekendheid is te vinden in HR 14 september 2007, **NJ 2008/334**, m.nt. E. Verhulp (*D/Hyatt*): tussen partijen is in confesso dat op Aruba algemeen bekend is dat cocaine 72 uur in het lichaam traceerbaar kan blijven.
- 6** Zie C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 22 april 1994, **NJ 1994/624** (*Hulbosch/Broen of Taxusstruik*). Brunner: 'Nu lijkt stadse onwetendheid ook voor het platteland als maatstaf van maatschappelijke zorgvuldigheid te zijn aanvaard.' Zie over het kennisvereiste en *Taxusstruik*-arrest ook C.C. van Dam, 'Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste', *MvV* 2015, nr. 7/8, p. 229-234.
- 7** Nog steeds wordt deze omschrijving gehanteerd, zie **Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/170**.
- 8** Binnen het strafrecht geldt het met **art. 149 lid 2 Rv** vergelijkbare **art. 339 lid 2 Sv** ten aanzien van feiten van algemene bekendheid. Zie in kritische zin over gebruik hiervan in het strafrecht N. van der Laan, 'Bewijs rondkrijgen met feiten van algemene bekendheid', *Advocatenblad* 2010/6, p. 184-185.
- 9** HR 29 maart 2016, **ECLI:NL:HR:2016:522**.
- 10** HR 15 april 2011, **NJ 2011/180** (*Van Donkersgoed/Kansen*); HR 9 september 2011, **ECLI:NL:HR:2011:BR1653**. Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 2014, **ECLI:NL:GHSHE:2014:1415** legt zijn via Google gevonden informatie voor aan partijen. Voor deze regel was reeds gepleit door C.E. Drion, 'De onderzoekende en/of googelende rechter', **NJB 2009/642**.
- 11** HR 8 februari 2008, **NJ 2008/92** (*Bruns c.s./Golden Anchor Club c.s.*).
- 12** Zie hierover ook Van Boom c.s., *NTBR* 2010/7.
- 13** HR 1 juli 1993, **NJ 1993/688** (*Bouma/Cavo Latuco*). Dit volgt ook uit de omschrijving die de wetgever van het feit van

algemene bekendheid geeft, zie noot 5.

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.4 Enkele procesrechtelijke aspecten

**Vindplaats:** Een kwart eeuw 2016/14.4

**Datum:** 2016-10-28

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

**Vakgebied(en):** Burgerlijk procesrecht / Bewijs

**Samenvatting:** E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

#### 14.4 Enkele procesrechtelijke aspecten

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

In paragraaf 2 werd al kort aangestipt dat de waarde van het onderscheid tussen een feit van algemene bekendheid en een 'gewoon' feit ligt in de procesrechtelijke implicaties. De kwalificatie 'van algemene bekendheid' van een feit of ervaringsregel heeft tot gevolg dat partijen deze niet behoeven te stellen of te bewijzen, dat de rechter niet verplicht is de regels van stelplicht en bewijslast toe te passen zelfs al is wel een beroep gedaan op een feit van algemene bekendheid en dat de rechter deze ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen (art. 149 lid 2 Rv).

Daarnaast heeft de kwalificatie als feit of regel van algemene bekendheid gevolgen voor de motiveringsplicht van de rechter. Gaat het daadwerkelijk om een 'notoir feit', dan behoeft de rechter toepassing daarvan in beginsel niet te motiveren, aangezien partijen op de hoogte zouden moeten zijn van het bestaan van het feit of de ervaringsregel van algemene bekendheid. 'In het algemeen kan van de rechter niet worden gevergd dat hij motiveert op grond waarvan hij een algemene ervaringsregel aanvaardt', aldus de Hoge Raad.<sup>1</sup> De bewering dat geen nadere motivering nodig is, verdient echter onmiddellijk nuancering. Zo moet de rechter steeds voorkomen dat partijen verrast worden, bijvoorbeeld omdat een van partijen ten aanzien van de ervaringsregel een specifiek bewijsaanbod heeft gedaan.<sup>2</sup> Dit bewijsaanbod kan dan niet zonder motivering met een beroep op een feit van algemene bekendheid worden genegeerd. Als een via internet kenbaar feit als van algemene bekendheid kan worden beschouwd, zal dit ook eerst aan partijen moeten worden voorgelegd. Hierover schreven wij al in paragraaf 3.

In dit verband is onzes inziens van belang hetgeen Van Boom c.s. signaleren in hun artikel uit 2010.<sup>3</sup> Zij onderscheiden drie verschillende rollen of hanteringsmethoden van algemene feiten en ervaringsregels door de rechter, door hen drie 'processuele functies' genoemd. De eerste rol is een verhalende rol, waarbij feiten of regels van algemene bekendheid een soort lijmfunctie hebben in de redenering van de rechter, zonder dat hieraan consequenties worden verbonden voor de toe- of afwijzing van de vordering. Als tweede identificeren de auteurs een beslissende rol in feitelijke zin. Die is aan de orde indien het feit van algemene bekendheid doorslaggevend is voor het vraagstuk dat partijen verdeeld houdt. Is die vraag bijvoorbeeld of een werknemer zware sjuwwerkzaamheden diende te verrichten, dan is een 'beslissend feit van algemene bekendheid' de constatering dat dergelijke werkzaamheden in de bedrijfstak gebruikelijk zijn. Als derde signaleren Van Boom c.s. een normatieve rol voor sommige feiten van algemene bekendheid. Daarvan is sprake indien de rechter een feit aan het partijdebat toevoegt en daarbij waarde hecht aan de algemene bekendheid daarvan. Als voorbeeld noemen zij de reeds onder 3 genoemde uitspraak met het oordeel dat op Aruba van algemene bekendheid is dat na regen gevaar voor uitglijden aanwezig is, dat dit feit aan de werkneemster bekend mocht worden verwacht *zodat* zij daarmee rekening had moeten houden om vallen te voorkomen.<sup>4</sup>

Het komt ons voor dat een rechter met name bij de hantering van een feit van algemene bekendheid in een beslissende of normatieve rol moet uitkijken voor verrassingsbeslissingen. We kunnen ons goed voorstellen dat de motiveringsvereisten in de afgelopen kwart eeuw in die zin iets zijn opgehoogd. In 1992 nam de Hoge Raad<sup>5</sup> nog aan dat het de feitenrechter vrijstond om de deskundigheid van een makelaar in assurantiën als feit van algemene bekendheid aan de eiser in cassatie toe te rekenen, zonder dat dit door partijen was aangevoerd. Het zou ons niet verbazen dat de rechter een dergelijke gevolgtrekking inmiddels eerst aan partijen zou moeten voorleggen om hun de gelegenheid te bieden zich daarover uit te laten.

Een andere procesrechtelijke vraag is of de rechter feiten en regels van algemene bekendheid *mag* of *moet* gebruiken bij zijn beslissing. Mag de rechter een dergelijk feit of ervaringsregel in een voorkomend geval *buiten beschouwing* laten, bijvoorbeeld indien partijen daarover met geen woord reppen? Met andere woorden, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid? Lezing van **art. 149 lid 2 Rv** leert dat de rechter ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten grondslag *mag* leggen, ongeacht of ze zijn gesteld. Dit artikellid moet onzes inziens worden gelezen in samenhang met lid 1, dat bepaalt dat deze bevoegdheid tot ‘ambtshalve aanvulling’ niet geldt voor alle andere (gewone) feiten. Het woordje *mag* duidt onzes inziens hier dus niet zonder meer op een discretionaire bevoegdheid tot het al dan niet buiten beschouwing laten van feiten van algemene bekendheid, maar op de bevoegdheid om deze ambtshalve en zonder bewijs te gebruiken.

Blijft staan de vraag of de rechter algemene feiten en ervaringsregels buiten beschouwing kan laten als deze niet ter sprake zijn gekomen. Die vraag kwam kort aan de orde in een zaak waarin een van de cassatieklachten luidde dat het hof bij de begroting van de schade rekening had moeten houden met het feit van algemene bekendheid dat ambtenaren (zoals gelaedeerde) massaal van VUT-voorzieningen gebruik pleegden te maken.<sup>6</sup> In casu betrof het een onfortuinlijke postbesteller van de PTT die tijdens het ontwaken na een operatie uit een ziekenhuisbed viel. Het hof oordeelde dat er onvoldoende concrete aanwijzingen waren dat de postbesteller inderdaad van de VUT-regeling gebruik zou hebben gemaakt. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Het was, aldus de Hoge Raad, niet onbegrijpelijk en te zeer verweven met waarderingen van feitelijke aard om in cassatie te onderzoeken. Hartkamp meende in zijn conclusie<sup>7</sup> dat het hof terecht de nadruk had gelegd op de omstandigheden van het *concrete* geval. Daarbij merkt hij nog op dat hij de stelling niet juist acht dat de rechter acht had moeten slaan op het aangevoerde feit van algemene bekendheid. Hij beroept zich daarbij – onzes inziens iets te gemakkelijk – op het woord ‘mogen’ in **art. 149 lid 2 Rv** en het hiervoor besproken arrest *Van der Graaf c.s./Nieuw Rotterdam* uit 1992<sup>8</sup> waarin wordt aangenomen dat het de rechter *vrijstaat* feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid aan te vullen. Deze redenering lijkt ons niet (meer) algemeen toepasbaar.

Zoals wij eerder opmerkten kunnen we ons voorstellen dat de motiveringsplicht inmiddels iets is opgeschroefd, zeker in die gevallen waarin algemene feiten of ervaringsregels een beslissende of normerende rol spelen in de rechterlijke argumentering en een verrassingsbeslissing dreigt. Voor ons is moeilijk voorstelbaar dat een rechter die bijvoorbeeld moet oordelen over de oorzaak van een auto-ongeluk, zonder motivering de algemene ervaringsregel buiten beschouwing mag laten dat de remweg langer is bij een nat wegdek. Of dat hij in een kwestie over werkgeversaansprakelijkheid voorbij zou mogen gaan aan het ervaringsfeit dat werknemers in dagelijkse werkzaamheden onvoorzichtiger worden.<sup>9</sup> Over dergelijke omissies kan ons inziens worden geklaagd in cassatie.

Hoe zou in dit licht de uitspraak over de VUT-regeling moeten worden gezien? In alle drie genoemde voorbeelden moet gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval, zowel de concrete feiten van het geval als feiten en omstandigheden van meer algemene aard. In het geval van de postbesteller zou het feit van algemene bekendheid dat ambtenaren massaal van de VUT-regeling gebruikmaakten echter geen beslissende of normatieve rol gespeeld hebben. Op deze grond kon de rechter immers niet aannemen dat de postbesteller dat in dit concrete geval ook zou doen. Voor het bepalen van de schadevergoeding in dit concrete geval is beantwoording van die vraag cruciaal. Zijn de feiten of regels van algemene bekendheid leidend en kunnen zij een beslissende of normatieve rol in het oordeel van de rechter spelen, dan kan hij onzes inziens niet zomaar aan die algemeen bekende feiten voorbijgaan. Als hij daaraan geen waarde toekent, dan is zijn oordeel vatbaar voor cassatie. In ieder geval zal gelden dat een rechter die afwijkt van een voor de hand liggende algemene ervaringsregel of feit van algemene bekendheid, dit zorgvuldig zal dienen te motiveren.

Dit brengt ons bij de vraag hoe de Hoge Raad omgaat met deze problematiek.

## Voetnoten

**1** HR 16 oktober 1998, **NJ 1998/898** (*Driessen/Lochtenberg*), r.o. 3.6.

**2** In de hier genoemde zaak, **NJ 1998/898** (*Driessen/Lochtenberg*), ging het om de ervaringsregel dat de kans zeer gering is dat een gouden ring met diamant op het strand terug wordt gevonden. Driessen had specifiek bewijs aangeboden van de stelling dat met behulp van een metaaldetector ook kleine voorwerpen van edelmetaal in het zand

kunnen worden opgespoord. Zo ook Van Boom c.s., **NTBR 2010/7**, par. 7.

**3** Van Boom c.s., **NTBR 2010/7**, par. 3.

**4** HR 2 maart 2007, **NJ 2007/143** (*Perez/Casa Grande c.s.*).

**5** HR 22 mei 1992, **NJ 1993/381**, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./NieuwRotterdam*).

**6** HR 13 januari 1995, **NJ 1997/175**, m.nt. C.J.H. Brunner (*De Heel/Staat-ABP-Korver*).

**7** Conclusie sub 13.

**8** HR 22 mei 1992, **NJ 1993/381**, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./NieuwRotterdam*).

**9** Zie uitermate kritisch over dit ervaringsfeit overigens W. Zwolve, 'Het toeschouwersrisico. Enkele opmerkingen over het onderscheid tussen rechtsvragen en vaststellingen van feitelijke aard', in: *De Maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 28-29.

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.5 De Hoge Raad en feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14.5
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

#### 14.5 De Hoge Raad en feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

Gelet op de taak en rol van de cassatierechter is het aanvoeren van nieuwe 'gewone' feiten in cassatie niet toegestaan.<sup>1</sup> De Hoge Raad buigt zich slechts over vormverzuimen en schending van het recht. De Hoge Raad is nu eenmaal geen feitenrechter of derde instantie.

Dit roept verschillende vragen op ten aanzien van zijn omgang met feiten en regels van algemene bekendheid. Wij onderscheiden vier vragen: a) Vult de Hoge Raad zelf wel eens ambtshalve feiten van algemene bekendheid aan? b) Kan voor het eerst in cassatie een beroep worden gedaan op feiten van algemene bekendheid of ervaringsregels? c) Toetst de Hoge Raad dergelijke feiten en regels inhoudelijk op hun algemene bekendheid en zo ja, hoe? d) Hoe moet een beroep op algemeen bekende feiten of regels aan de Hoge Raad worden voorgelegd, via een rechtsklacht of motiveringsklacht?

##### a. De Hoge Raad hanteert ambtshalve feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid

De Hoge Raad hanteert al geruime tijd uit eigen beweging feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels. Bloembergen noemt daarvan in zijn *TCR*-artikel al enige voorbeelden, ontleend aan oudere jurisprudentie.<sup>2</sup> Normaal gesproken zou het aanvoeren van nieuwe feiten of ervaringsregels een ongeoorloofd novum in cassatie opleveren, maar de crux van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels is nu juist dat deze bij een wijder publiek bekend zijn en dus geen feitelijk onderzoek in cassatie vergen.

Ook uit de periode ná het verschijnen van Bloembergens artikel zijn voorbeelden te vinden van ambtshalve toepassing van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels door de Hoge Raad. In een zaak waarin twee werknemers bij gebreke van bevestigingsmateriaal een ladder op gevaarlijke wijze hebben vervoerd, oordeelde de rechtbank dat de wijze van vervoer zo onvoorzichtig was dat de werkgever met die mogelijkheid geen rekening had hoeven te houden. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad, nu het een ervaringsfeit is 'dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt'.<sup>3</sup> In samenhang met de omstandigheden van het geval leidt



dit tot de conclusie dat het onvoorzichtig vervoer van de ladder voor de werkgever een voorzienbaar en niet te verwaarlozen risico was. Het cassatiemiddel had deze algemene ervaringsregel niet naar voren gebracht, de Hoge Raad vult ambtshalve aan.<sup>4</sup>

Een ander beroemd voorbeeld biedt het arrest *Laudy/Fair Play Centers*,<sup>5</sup> ook genoemd onder 2. Daarin brengt de Hoge Raad – zelfstandig – als feit van algemene bekendheid over het voetlicht dat een broodmes om zachte puntbroodjes mee te snijden zo scherp is dat de gebruiker het gevaar loopt zich daar aan te snijden.

In sommige gevallen ‘vertaalt’ de Hoge Raad ook wel het oordeel van een hof, in die zin, dat het hof ‘klaarblijkelijk’ een aannahme heeft gedaan op grond van een – door de Hoge Raad nader uiteengezette – ervaringsregel. Dit was het geval in een procedure waarin een cliënt zijn advocaat aansprak wegens het te laat betalen van griffiegeld, waardoor de cliënt niet-ontvankelijk werd verklaard in het hoger beroep.<sup>6</sup> De Hoge Raad ‘redt’ het hof, door te oordelen dat deze zonder schending van een rechtsregel klaarblijkelijk van de ervaringsregel was uitgegaan ‘dat destijds onder normale omstandigheden niet meer dan vier dagen gelegen waren tussen de dag waarop aan een bank een betalingsopdracht werd gegeven en de dag waarop het te betalen bedrag werd bijgeschreven op de rekening van degene voor wie de betaling was bestemd’.

Duidelijk is dat de Hoge Raad geen moeite heeft met het zelf ambtshalve hanteren van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels.<sup>7</sup>

### **b. Beroep op feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid voor het eerst in cassatie mogelijk**

Voor Bloembergen was het feit dat de Hoge Raad uit eigen beweging feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels hanteert een belangrijke reden om aan te nemen dat een beroep op dergelijke feiten en ervaringsregels wellicht ook voor het eerst in cassatie mogelijk zou zijn.<sup>8</sup> Bloembergen meende dat het in het algemeen te laat was als een ervaringsregel nog niet eerder in de procedure naar voren was gebracht. Hij maakte echter een uitzondering indien ‘over het bestaan en inhoud in redelijkheid niet kon worden getwijfeld’.

Bloembergen zag zijn opvatting bevestigd in 1998, toen de Hoge Raad ondubbelzinnig recht deed aan de hand van feiten van algemene bekendheid waarop voor het eerst in cassatie een duidelijk beroep gedaan was. In het arrest *Waarbroek/H.* wordt door eiser voor het eerst in cassatie een beroep gedaan op twee feiten van algemene bekendheid, kort gezegd: dat de kans bestaat dat per gewone post verzonden stukken kwijtraken en dat er methoden van verzending bestaan die meer zekerheid bieden dat het stuk de geadresseerde bereikt. Advocaat-Generaal Bakels gaat in zijn conclusie in op de vraag of het hier een ontoelaatbaar novum betreft. Hij concludeert, onder verwijzing naar de argumenten van Bloembergen, dat dit niet het geval is. De Hoge Raad overweegt kortweg dat ‘bij de beoordeling van het middel kan worden uitgegaan van de daarin aangeduide algemene ervaringsregels’.<sup>9</sup> Van een ontoelaatbaar novum in cassatie was kennelijk geen sprake.<sup>10</sup>

Op een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel kan kortom voor het eerst in cassatie een beroep gedaan worden. Daarbij is vereist dat dit algemene feit of de algemene ervaringsregel moet kunnen worden vastgesteld zonder dat eerst een feitelijk onderzoek nodig is. Wordt een ervaringsregel op een specifiek terrein voor het eerst in cassatie opgevoerd, dan wordt dit ‘naar het voorkomt’ c.q. ‘naar alle waarschijnlijkheid’ wel als een ontoelaatbaar novum beschouwd.<sup>11</sup>

### **c. Toetsing van de algemene bekendheid door de Hoge Raad**

Doordat ambtshalve aanvulling met feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid in cassatie mogelijk is en daarop voor het eerst in cassatie een beroep kan worden gedaan, kan bij de Hoge Raad de vraag aan de orde komen of het beweerdte feit of de ervaringsregel wel van algemene bekendheid is. Hoe gaat de Hoge Raad met deze vraag om?

Een interessant arrest in dit verband is het arrest *London/Aegon*.<sup>12</sup> Het hof had aangenomen dat ‘een feit van algemene bekendheid [is] dat het besturen van een auto met teveel drank op wettelijk niet is toegestaan en strafbaar is, en veelal in WAM-verzekeringen van dekking is uitgesloten’. Volgens het cassatiemiddel is dit oordeel in het licht van

**art. 149 lid 2** Rv rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat het hier geen algemene ervaringsregel betreft. De Hoge Raad gaat hierin mee:

*‘4.2.3 (...) Onderdeel II.7 klaagt voorts onder meer dat het hof als feit van algemene bekendheid aan zijn oordeel ten grondslag legt dat het besturen van een auto met te veel drank op veelal in WAM-verzekeringen van dekking is uitgesloten. Aldus heeft het hof volgens het onderdeel miskend dat op dit punt geenszins sprake is van een feit dat ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen. Deze klacht is gegrond. Het Hof heeft de reikwijdte van het begrip “feit van algemene bekendheid” in art. 149 lid 2 Rv miskend nu in het licht van wat wordt opgemerkt in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 22, geenszins gezegd kan worden dat het algemene publiek dat een WAM-verzekering afsluit, geacht kan worden te weten of uit voor ieder toegankelijke bronnen te weten kan komen dat veelal in WAM-verzekeringen dekking is uitgesloten voor schade die is toegebracht door de verzekerde auto terwijl de bestuurder daarvan meer alcohol in zijn bloed had dan het wettelijk toegestane promillage.’*

In deze uitspraak toetst de Hoge Raad direct aan **art. 149 lid 2** Rv. De Hoge Raad oordeelt in casu immers dat het begrip ‘feit van algemene bekendheid’ te veel is opgerekt. Deze expliciete manier van toetsen, waarbij het bijna lijkt alsof de Hoge Raad oordeelt dat ‘het recht’ (namelijk art. 149 lid 2 Rv) verkeerd is toegepast hebben wij niet elders gezien. Interessant aan deze uitspraak is, aldus Korthals Altes en Groen, dat niet beperkt maar volledig wordt getoetst.<sup>13</sup>

We zien wel vaker in cassatie aangevoerd worden dat het hof **art. 24** Rv heeft miskend door verboden feiten aan te vullen c.q. buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden door feiten of ervaringsregels van algemene bekendheid op te voeren die dat niet zijn.<sup>14</sup> Volgt de Hoge Raad het middel, dan oordeelt hij veelal kortweg dat van een feit of ervaringsregel van algemene bekendheid geen sprake is<sup>15</sup> of dat het feit door het hof niet als van algemene bekendheid is vastgesteld.<sup>16</sup> Ook als de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter sanctioneert maakt hij daaraan niet altijd evenveel woorden vuil.<sup>17</sup>

Andersom komt uiteraard ook voor: in cassatie worden feiten of ervaringsregels van algemene bekendheid opgevoerd die volgens het middel door de feitenrechter hadden moeten worden toegepast. Als de Hoge Raad het middel daarin niet volgt, kan dat zijn omdat de aangevoerde feiten of ervaringsregels kwalificeren als nieuwe stellingen waarvoor in cassatie geen plaats is.<sup>18</sup> De Hoge Raad kan ook oordelen dat de aangevoerde feiten (kortweg) niet als algemeen bekend kunnen worden verondersteld<sup>19</sup> of dat het cassatiemiddel berust op een onjuiste lezing van het oordeel van de feitenrechter omdat deze ‘kennelijk’ niet bedoeld heeft bepaalde feiten als algemeen bekend te kwalificeren, welk oordeel als feitelijk is voorbehouden aan de feitenrechter.<sup>20</sup> Wanneer de Hoge Raad het bestaan van bepaalde feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels erkent, neemt hij deze doorgaans zonder uitgebreide motivering in zijn oordeel op.<sup>21</sup>

De Hoge Raad toetst veelal beperkt, wegens verstrengeling van de beslissing van de feitenrechter met de feiten en omstandigheden die nu juist aan hem ter beoordeling zijn. De Hoge Raad overweegt dan bijvoorbeeld:

*‘Dat het Hof deze aanduiding niet als voldoende specificatie heeft aangemerkt, berust op een feitelijk oordeel dat is voorbehouden aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt. Kennelijk heeft het Hof het niet als feit van algemene bekendheid beschouwd dat dergelijke niet door verzekering gedekte kosten in alle gevallen worden gemaakt. Aldus oordelende heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, noch een onbegrijpelijk oordeel gegeven; het Hof was ook niet tot een nadere motivering gehouden.’<sup>22</sup>*

Duidelijk is dat **art. 149 lid 2** Rv zowel de Hoge Raad als cassatieadvocaten ruimte biedt om tot op zekere hoogte ‘te spelen’ met de feiten en omstandigheden in een zaak. Een ambtshalve beroep op een feit van algemene bekendheid of een ervaringsregel biedt de Hoge Raad de kans om motiveringsgebreken van feitenrechters met de mantel der liefde te bedekken. Andersom kunnen cassatieadvocaten een poging wagen om een feit van algemene bekendheid of een ervaringsregel te poneren die hun zaak zou kunnen redden. Voorwaarde is in beide gevallen wel dat het inderdaad

gaat om een algemeen bekend feit of ervaringsregel. De Hoge Raad schroomt daarbij niet om zelfstandig te beoordelen of een feit van algemene bekendheid of ervaringsregel wel echt algemeen bekend is. Daarmee heeft hij vooral geen enkele moeite indien zijn conclusie luidt dat het opgevoerde feit *niet* algemeen bekend is. De constatering dat een hof onjuist heeft geoordeeld door het miskennen van algemene feiten die *wel* bestaan is beduidend zeldzamer.

Over de vraag of een beroep op algemene feiten en ervaringsregels ingekleed moet worden als rechtsklacht of motiveringsklacht thans meer.

#### d. Motiveringsklacht of rechtsklacht?

Bloembergen verwachtte in 1996 dat een beroep op ervaringsregels ‘vermoedelijk’ meestal zal worden gedaan in het kader van een motiveringsklacht. Die zal inhouden dat het oordeel van de feitenrechter in het licht van een bepaalde ervaringsregel of algemeen bekend feit onbegrijpelijk is.<sup>23</sup> Ervaringsregels behoren niet tot rechtsregels in de zin van **art. 79** RO, dus kan over schending hiervan niet rechtstreeks via een rechtsklacht worden geklaagd, aldus Bloembergen. Hij achtte echter niet uitgesloten dat een beroep op een ervaringsregel in het kader van een rechtsklacht wordt gedaan, hoewel een motiveringsklacht hem wenselijker leek. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een klacht over schending van een veiligheidsnorm, die (mede) wordt onderbouwd met de stelling dat de betrokken zaak, naar de ervaring leert, zeer gevaarlijke eigenschappen heeft.<sup>24</sup> Leeft zijn opvatting in de cassatiepraktijk?

Voorbeeld van een arrest zoals door Bloembergen bedoeld, waarin een klacht met een verwijzing naar feiten van algemene bekendheid leidde tot de constatering dat een veiligheidsnorm was geschonden, is wellicht het *Laadschop*-arrest.<sup>25</sup> De bestuurder van een laadschop rijdt een driejarige kleuter aan. Het hof meent dat geen zorgvuldigheidnorm werd geschonden. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof. De bestuurder had voorzorgsmaatregelen moeten treffen, omdat hij rekening had moeten houden met de onberekenbaarheid van jonge kinderen en het – algemeen bekende – feit dat dergelijke machines op hen een onweerstaanbare aantrekkingskracht uitoefenen. De Hoge Raad plaatst hier zijn eigen feiten van algemene bekendheid in de plaats van die van het hof, dat had overwogen eerder te verwachten dat een kleuter van drie jaar op eerbiedige afstand zou blijven van een imponerend voertuig als een laadschop. De klacht in cassatie werd ingestoken als een gemengde rechts- en motiveringsklacht. De Hoge Raad gaat in op de rechtsklacht en casseert omdat het hof door bovenstaande feiten te miskennen is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Geconcludeerd zou kunnen worden dat de zorgvuldigheidnorm in casu ‘volledig’ wordt getoetst en nader wordt ingevuld met behulp van een feit van algemene bekendheid.

Ook bij recentere zaken over veiligheidsnormen zien we dit patroon, bijvoorbeeld in de zaak *Kalai/Antoine Petit*.<sup>26</sup> In het cassatiemiddel werd een (rechts)klacht gericht tegen het oordeel van het hof dat de werkgever haar zorgplicht niet had geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij het tillen van een 200 kilo zware oven. Het hof heeft daarmee miskend dat op de werkgever een zorgplicht rustte, gegeven **art. 7:658** BW, andere wetgeving en het feit van algemene bekendheid dat handmatig tillen van een gewicht van 50 kilo relevant gevaar voor rugletsel oplevert.<sup>27</sup> De Hoge Raad volgt het middel en oordeelt dat het bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, onder herhaling van in de klacht genoemde motivering.

Hoe zit het indien van schending van een veiligheidsnorm geen sprake is? De jurisprudentie bestuderend, constateren wij dat, anders dan Bloembergen verwachtte, pure motiveringsklachten in dit kader niet zo vaak voorkomen. Wellicht is dit te wijten aan de hier en daar opgemerkte ontwikkeling dat de Hoge Raad beslissingen steeds vaker behandelt als gemengd.<sup>28</sup> Doorgaans wordt een beroep gedaan op een feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel in een gemengd geformuleerde of primair/subsidiar geformuleerde rechts- en motiveringsklacht. Cassatietechnisch is dat overigens vaak verstandig. De cassatieadvocaat biedt de Hoge Raad op die manier ruimte om te casseren hetzij op grond van schending van het recht, hetzij wegens een motiveringsgebrek.<sup>29</sup>

Een voorbeeld van een pure motiveringsklacht biedt het arrest *Weevers Stous/St. Parkwoningen Hoge Weide*.<sup>30</sup> Het hof oordeelde dat het in het algemeen niet zonder meer voorspelbaar is hoe zich in de toekomst de prijzen van onroerende zaken zullen ontwikkelen, nu ook algemeen bekend is dat de prijzen in de eerste helft van de jaren ‘80 zijn gedaald. De motiveringsklacht in cassatie luidde dat dit oordeel zonder nadere motivering niet begrijpelijk is omdat ‘het

nu eenmaal een feit van algemene bekendheid is dat de prijzen van onroerende zaken een stijgende lijn vertonen'. De klacht slaagt echter niet: de Hoge Raad vindt 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.

Veel andere voorbeelden van pure motiveringsklachten vonden wij niet. Wel voorbeelden van uitspraken gedaan naar aanleiding van rechtsklachten al dan niet in het kader van een gemengde rechts- en motiveringsklacht. Van een rechtsklacht die gegrond werd geacht was sprake in de zaak *Bouma/Cavo Latuco*.<sup>31</sup> In die zaak had het hof als feit van algemene bekendheid aangenomen dat vergaande exoneratieclausules in het handelsverkeer tussen ondernemingen als deze regelmatig voorkomen, zodat Bouma bedacht had moeten zijn op het voorkomen van zulke exoneratieclausules in stilzwijgend aanvaarde, maar niet gekende algemene voorwaarden. Precies daartegen richtte zich de klacht in cassatie.<sup>32</sup> Het oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zo blijkt in cassatie, omdat zich in de stilzwijgend aanvaarde algemene voorwaarden bepalingen kunnen bevinden van een zodanige inhoud, dat de toestemming niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest. Dit ondanks het feit dat van algemene bekendheid is dat in algemene voorwaarden bepalingen van een dergelijke inhoud zo regelmatig voorkomen dat men daarmee rekening moet houden, aldus de Hoge Raad. De rechtsklacht zag niet zozeer op het aannemen van dit feit van algemene bekendheid, maar op het daaraan gekoppelde oordeel van het hof dat de exoneratieclausule in de algemene voorwaarden stilzwijgend was aanvaard.

In een soortgelijk licht valt de zaak *MeeGaa/Van den Bos c.s.*<sup>33</sup> te plaatsen. Ook in die zaak ging het om de vraag of een exoneratieclausule tussen partijen van toepassing was, die in casu op de afleverbonnen was vermeld. Op die afleverbonnen werd getekend 'voor ontvangst'. Het hof overwoog dat de enkele omstandigheid dat op de afleveringsbonnen een exoneratieclausule staat en een handtekening, niet kan leiden tot het oordeel dat tussen partijen een exoneratie is overeengekomen. De eerste klacht tegen dit oordeel is een rechtsklacht, waarin het hof wordt verweten te hebben miskend dat het bij beantwoording van deze vraag steeds aankomt op alle omstandigheden van het geval. De tweede klacht is van gemengde aard, waarbinnen wordt aangevoerd dat het hof in de gegeven omstandigheden niet tot de slotsom had kunnen komen dat de exoneratieclausule niet tussen partijen is overeengekomen. Als onderdeel van deze klacht wordt in 2.2 naar voren gebracht: 'Althans miskent dat oordeel dat als feit van algemene bekendheid en/of ervaringsregel moet worden aangenomen dat (i) bij leveranties van potgrond een aansprakelijkheidsbeperking zoals de onderhavige zeer gebruikelijk is (...). Het hof heeft deze feiten van algemene bekendheid en/of ervaringsregels ten onrechte niet betrokken bij de beantwoording van de vraag of de aansprakelijkheidsbeperking is overeengekomen.' Niet helemaal duidelijk is of de opsteller van het middel hiermee beoogde een pure rechtsklacht te formuleren. De terminologie lijkt daar wel op te duiden en doet daarmee denken aan het arrest *London/Aegon* dat in paragraaf 5c is besproken. Gezien de context en inhoud van de klacht – bepaalde feiten van algemene bekendheid zijn buiten beschouwing gelaten – komt ons echter voor dat hier in wezen sprake is van een motiveringsklacht. De Hoge Raad gaat niet specifiek in op deze klacht en op de feiten van algemene bekendheid waarop een beroep wordt gedaan. Hij neemt de eerste twee klachten samen, plaatst de problematiek (net als in *Bouma/Cavo Latuco*) in het kader van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en **3:35** BW) en oordeelt dat het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Heeft het hof de maatstaven van art. 3:33 jo. art. 35 BW niet miskend, dan is zijn oordeel niet begrijpelijk omdat uit diens overwegingen niet voldoende blijkt dat alle relevante omstandigheden in zijn oordeel zijn betrokken.<sup>34</sup>

In de twee laatst besproken arresten gaat het niet zozeer over schending van een veiligheidsnorm, maar spelen feiten van algemene bekendheid een rol in de motivering van een beslissing rondom toepasselijkheid van een exoneratieclausule.<sup>35</sup> De Hoge Raad casseert de ene keer wegens schending van het recht en de andere keer wegens onvoldoende motivering. In deze gevallen spelen de feiten van algemene bekendheid waarop een partij (of de rechter) zich beroept zijdelings een rol. Dit komt overeen met de opvatting van Bloembergen: de klacht betreft niet de schending van een feit van algemene bekendheid of algemene ervaringsregel, maar de toepassing daarvan bij het (rechts)oordeel van de feitelijke rechter. Vandaar dat soms ruimte is voor het slagen van een rechtsklacht en andere keren voor beoordeling in het kader van een motiveringsklacht. Het gaat in ieder geval steeds om feiten en ervaringsregels die, wat Van Boom c.s. noemen, een beslissende of normatieve rol (kunnen) vervullen in het oordeel.<sup>36</sup>

De Hoge Raad geeft echter niet alleen een oordeel over de *toepassing* van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels in het kader van een rechtsregel, maar beoordeelt deze ook inhoudelijk, zoals wij in paragraaf 5c hebben gezien. Klachten over het oordeel van de feitenrechter worden doorgaans ingestoken als

gemengde rechts- en motiveringsklachten<sup>37</sup> maar soms zien we ook een (pure) rechtsklacht. In dat laatste geval wordt de feitelijke uitspraak aangevallen met de klacht dat het oordeel onjuist is omdat de door het hof genoemde algemene feiten of ervaringsregels niet bestaan<sup>38</sup> of wordt een klacht via de band van schending van **art. 24 Rv** opgevoerd.<sup>39</sup> Deze inhoudelijke beoordeling in cassatie lijkt te wringen met het uitgangspunt dat de Hoge Raad geen feiten vaststelt. Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels zijn echter rechtsbegrippen waarvan de kwalificatie als zodanig een bepaald rechtsgevolg meebrengt, in ieder geval voor wat betreft stelplicht en bewijslast. In dat opzicht kunnen deze begrippen worden vergeleken met andere rechtsbegrippen, zoals bijvoorbeeld de rechtshandeling, waaraan eveneens rechtsgevolgen worden verbonden. In dit licht bezien bevreemdt het niet dat de Hoge Raad zich uitsprekt over de inhoud van feiten en ervaringsregels van algemene bekendheid.

## Voetnoten

- 1** We spreken in dat geval van een ontoelaatbaar novum in cassatie.
- 2** Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78. Hij noemt bijv. het feit van onvoorzichtigheid bij dagelijks gebruik van gevaarlijke machines (HR 14 april 1978, **NJ 1979/245**) en de algemeen bekende impulsiviteit en onberekenbaarheid van kleine kinderen en kinderen van omstreeks acht jaar, met name bij deelname aan het verkeer (HR 23 mei 1986, **NJ 1987/482**).
- 3** HR 18 september 1998, **NJ 1999/45** (*Van Doorn/NBM*).
- 4** Van ambtshalve toepassing is bijv. ook sprake in HR 11 juli 2008, **NJ 2009/385**, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum c.s./Achmea*), r.o. 3.4.3.
- 5** HR 4 oktober 2002, **NJ 2004/175** (*Laudy/Fair Play Centers*).
- 6** HR 9 juni 2000, **NJ 2000/460 (S./Mr. V)**.
- 7** Zie voor andere voorbeelden **Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/168**.
- 8** Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78.
- 9** HR 4 september 1998, **NJ 1998/828**, r.o. 3.6.
- 10** Recentere voorbeelden zijn te vinden in HR 8 januari 2010, **NJ 2010/43** (*Mr. R./Moonen*) en HR 10 september 2010, **NJ 2010/486** (*Stella Duce c.s./Theodoor Gilissen*).
- 11** Conclusie A-G Rank-Berenschot sub 2.14 voor HR 8 januari 2010, **NJ 2010/43** resp. **Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/168**, beide met verwijzing naar Bloembergen, *TCR* 1996, p. 78.
- 12** HR 13 januari 2006, **NJ 2006/282**, m.nt. M.M. Mendel (*London/Aegon*).
- 13** **Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/169**. Zij doelen vermoedelijk op toetsing in het kader van een rechtsklacht. Zie daarover nader onder d. Zij zien een dergelijke volledige toetsing ook in HR 8 februari 2008, **NJ 2008/92** (een artikel in een krant maakt dit nog geen feit van algemene bekendheid).
- 14** HR 22 oktober 2010, **NJ 2010/570** (*Euronext/ASF*); HR 13 juli 2007, **NJ 2007/586**, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*); HR 26 november 2010, **NJ 2010/635** (*Jones/Fugro Survey*); HR 13 juli 2007, **NJ 2007/504**, m.nt. M.R. Mok (*Gemeente Barneveld/Gasunie*).
- 15** Bijv. HR 13 juli 2007, **NJ 2007/586**, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*) en uitgebreider HR 6 september 1996, **NJ 1998/415**, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*).
- 16** HR 23 maart 2001, **NJ 2003/715**, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ofasec/NTM*).
- 17** Zie bijv. HR 22 mei 1992, **NJ 1993/381**, m.nt. M.M. Mendel (*Van der Graaf c.s./NieuwRotterdam*). Voorbeelden zijn ook te vinden in de conclusies A-G, zie conclusie A-G Timmerman sub 3.66 voor HR 28 september 2012, **NJ 2012/549** (*Almer c.s./Van den Dungen c.s.*) en conclusie A-G Keus sub 2.17 voor HR 5 januari 2007, **NJ 2007/320**, m.nt. M.R. Mok (*Vendex KBB/Boersma-Leenmeijer c.s.*).
- 18** Het middel poogt mogelijk de klip van het ontoelaatbaar novum te omzeilen, zoals A-G Bloembergen opmerkt in zijn conclusie sub 5 voor HR 24 november 1995, **NJ 1996/164** (*Logister/Staat*). Zie ook conclusie F.F. Langemeijer sub

- 2.12 voor HR 22 maart 2013, **NJ 2013/18** (*Roffelsen/G.*).
- 19** HR 8 februari 2008, **NJ 2008/93** (*Lagraauw/Van Schie*); HR 8 januari 2010, **NJ 2010/43** (*Mr. R./Moonen*); HR 10 mei 1996, **NJ 1996/537** (*Coskun c.s./Van Sommeren*).
- 20** HR 9 oktober 1998, **NJ 1998/853** (*Jeffrey*). Zie ook HR 22 juni 1990, **NJ 1990/704** (*Stichting Cultureel Centrum/Zuidhoek*).
- 21** Zie bijv. HR 4 september 1998, **NJ 1998/828** (*Waarbroek/H.*) en HR 27 april 2007, **NJ 2008/462** (*Kalai/Antoine Petit*).
- 22** HR 9 oktober 1998, **NJ 1998/853** (*Jeffrey*) r.o. 3.4.2. Zie ook bijv.: HR 8 januari 2010, **NJ 2010/43** (*Mr. R./Moonen*); HR 10 september 2010, **NJ 2010/486** (*Stella Duce c.s./Gilissen*).
- 23** Zo gebeurt bijv. in HR 23 april 2010, **NJ 2010/454**, m.nt. M.M. Mendel (*Jansen/Fortis*): Geklaagd wordt dat het hof geen, althans onvoldoende blijk heeft gegeven een aantal omstandigheden, waaronder een feit van algemene bekendheid, te hebben meegewogen (subonderdeel C4).
- 24** Bloembergen *TCR* 1996, p. 79.
- 25** HR 25 september 1981, **NJ 1982/254**, m.nt. C.J.H. Brunner.
- 26** HR 27 april 2007, **NJ 2008/462**. Nog een geval van volledige toetsing is o.i. HR 11 april 2008, **NJ 2008/465**, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Tarioui/Vendrig-IJsselstein c.s.*), eveneens over de invulling van de zorgplicht van de werkgever. Zo ook HR 25 oktober 2002, **NJ 2004/556**, m.nt. Jac. Hijma (*Bunink-van der Laar/Manege Nieuw Amstelland*), waarin het hof had aangenomen dat in het licht van het feit van algemene bekendheid dat deelname aan paardrijlessen naar zijn aard risico's meebrengt, de vergoedingsplicht van de manegehouder geheel vervalt. De Hoge Raad oordeelt echter dat het enkele feit dat een paard uit vrije wil en met toestemming van de eigenaar wordt bereiden voor geheel verval van aansprakelijkheid onvoldoende is.
- 27** In casu was ook nog van belang de algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meer personen wordt getild, het van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.
- 28** Zie daarover, met vermelding van nadere vindplaatsen, P. Memelink, 'Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten', in: *Het zwijgen van de Hoge Raad*, BWKJ 25, Deventer: Kluwer 2009, p. 47 e.v.
- 29** Opgemerkt zij dat zuivere rechtsbeslissingen alleen kunnen worden aangevochten met een rechtsklacht en 'spiegelbeeldig' zuiver feitelijke beslissingen alleen met een motiveringsklacht. Daar tussenin ligt het grijze gebied van de 'gemengde beslissing', die hetzij op grond van een motiverings- hetzij op grond van een rechtsklacht kunnen worden beoordeeld of vernietigd. Zie nader P. Memelink, a.w. 2009, BWKJ 25, p. 62.
- 30** HR 21 februari 2003, **NJ 2004/567** (*Weevers Stous/St. Parkwoningen Hoge Weide*), zie r.o. 3.5.
- 31** HR 1 juli 1993, **NJ 1993/688**. Zie hierover ook Van Boom c.s., par. 4, laatste alinea.
- 32** Zie het cassatiemiddel onder 2.2. Dit middel vangt aan met een motiveringsklacht, maar deze wordt uitgewerkt ten aanzien van een ander punt dan hier aan de orde. De rechtsklacht richt zich tegen het in de hoofdtekst genoemde oordeel.
- 33** HR 9 oktober 2015, **NJ 2015/442**.
- 34** Zie ook HR 6 september 1996, **NJ 1998/415**, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*) waarin de Hoge Raad casseert wegens onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof n.a.v. een klacht van gemengde aard.
- 35** Hetzelfde komt voor bij de uitleg van een overeenkomst. Zie bijv. HR 28 oktober 2011, *NJ 2012/ 199*, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Beganovic/ROC Twente*).
- 36** Anders dan wij, zien Van Boom c.s. de uitspraak *Bouma/Cavo Latuco* echter als behorend tot een 'andere categorie uitspraken'.
- 37** Cassatiemiddel 1.4 in HR 22 oktober 2010, **NJ 2010/570** (*Euronext/ASF*), waarbij m.n. de rechtsklacht wordt uitgewerkt; HR 6 september 1996, **NJ 1998/415**, m.nt. C.J.H. Brunner (*Annema/Staat*); cassatiemiddel 2.2 in HR 4

september 1998, **NJ 1998/828** (*Waarbroek/H.*).

**38** Zie bijv. cassatiemiddel 2.5 in HR 13 juli 2007, **NJ 2007/586**, m.nt. M.M. Mendel (*Excellent/Axa*).

**39** Cassatiemiddel 1.4 in HR 22 oktober 2010, **NJ 2010/570** (*Euronext/ASF*).

Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof.mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, 14.6 Enige conclusies

<b>Vindplaats:</b> Een kwart eeuw 2016/14.6
<b>Datum:</b> 2016-10-28
<b>Auteur:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink
<b>Vakgebied(en):</b> Burgerlijk procesrecht / Bewijs
<b>Samenvatting:</b> E. Hoogervorst, P. Memelink, datum 28-10-2016

#### 14.6 Enige conclusies

**Auteur:** E. Hoogervorst, P. Memelink

In de afgelopen 25 jaar is duidelijk geworden dat zowel partijen als de Hoge Raad zonder meer voor het eerst in cassatie een beroep kunnen doen op feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels. Evenmin schroomt de Hoge Raad om zich uit te laten over het al dan niet algemeen bekend zijn van dergelijke feiten en regels. Nog steeds geldt, zowel in feitelijke instanties als in cassatie, dat die feiten en ervaringsregels wel 'in wijde(re) kring bekend' moeten zijn. De opkomst van internet verandert daar in zoverre iets aan dat tegenwoordig veel meer en ook specifiekere informatie 'publiek toegankelijk' is. Dat betekent niet zonder meer dat die informatie ook algemeen bekend is. Om verrassingsbeslissingen te voorkomen, doen feitelijke rechters er goed aan partijen in de gelegenheid te stellen om zich over zelf gevonden 'algemene' feiten en ervaringsregels uit te laten. We vermoeden dat de motiveringseisen op dit punt in de afgelopen kwart eeuw iets zijn opgetrokken.

In cassatie kunnen algemeen bekende feiten en ervaringsregels, behalve in motiveringsklachten, een rol spelen in het kader van rechtsklachten, op de wijze als door Bloembergen al geschetst. Dit zal niet alleen het geval zijn bij de schending van veiligheidsnormen, maar meer in het algemeen bij oordelen waarbij de invulling van open normen als de zorgvuldigheid of uitleg van overeenkomsten een rol speelt. Ook spreekt de Hoge Raad zich uit over de inhoud van een feit of ervaringsregel van algemene bekendheid. Het zijn immers rechtsbegrippen waarvan de reikwijdte in cassatie kan worden vastgesteld. Doorgaans wordt de klacht ingestoken als een gemengde rechts- en motiveringsklacht.

We concluderen dat feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels zowel voor feitelijke rechters, als (cassatie)advocaten, als de Hoge Raad de nodige speelruimte creëren. Van belang blijft daarbij om een en ander vooral te blijven bezien in het licht van stelplicht en bewijslast, met die bijzonderheid dat feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels juist geen bewijs behoeven, maar wel een goedkeuringsstempel van de Hoge Raad.